

# Políticas públicas e direito administrativo

MARIA PAULA DALLARI BUCCI

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Considerações sobre o fundamento das políticas públicas. 3. Por que estudar as políticas públicas em direito administrativo? 4. Políticas públicas, plano e planejamento. 5. A organização estrutural do poder e as políticas públicas.*

### 1. Introdução

As políticas públicas tornaram-se uma categoria de interesse para o direito há menos de vinte anos, havendo pouco acúmulo teórico sobre sua conceituação, sua situação entre os diversos ramos do direito e o regime jurídico a que estão submetidas a sua criação e implementação. Este trabalho registra uma reflexão sobre o assunto, sem pretender alcançar conclusões acabadas.

O tema é, por natureza, muito complexo. Em primeiro lugar, porque não é um tema ontologicamente jurídico, mas é originário do universo de preocupações da teoria política. O instrumental jurídico de análise centrado na norma e no ordenamento jurídico não é o mais adequado para captar o caráter eminentemente dinâmico e funcional das políticas públicas.

Isso porque o modo como se estruturou o Estado liberal é mais voltado à limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que à ação do Estado, em sentido comissivo e construtivo. As instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter

prestacional e de gestão que a administração assume hoje<sup>1</sup>.

O direito administrativo é uma subdivisão do conhecimento jurídico relativamente nova, cujo desenvolvimento mais significativo data da segunda metade do século XIX, quando a doutrina jurídica passou a enfatizar as funções do Estado como transcendentes do exercício do poder de polícia no plano interno de cada país. O instrumento dessa passagem foi a criação de serviços públicos (inicialmente os correios, depois as ferrovias e outros), por meio dos quais se renunciava a intensificação da atividade estatal do século XX, que depois da década de 30 se alteraria qualitativamente com o aumento da intervenção direta do Estado sobre o domínio econômico.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o advento de políticas sociais de saúde, seguridade social e habitação, muito expressivo nos países da Europa e nos Estados Unidos, há um aprofundamento dessa alteração qualitativa das funções do Estado, que do plano da economia se irradia sobre o conteúdo social da noção de cidadania. O dado novo a caracterizar o Estado social, no qual passam a ter expressão os direitos dos grupos sociais e os direitos econômicos<sup>2</sup>, é a existência de um modo de agir dos governos ordenado sob a forma de políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados.

## 2. Considerações sobre o fundamento das políticas públicas

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é

<sup>1</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *El poder publico* : estados y administraciones publicas. Madrid : Civitas, 1991. O Professor Giannini rejeita como premissa para a análise do poder público atual o conceito de Estado intervencionista, expressão para ele inócua, uma vez que para ele todo ordenamento jurídico seria intervencionista. “(...) la valoración del ‘intervencionismo’ como una actuación mas allá de la esfera de ‘competencia natural’ no tiene ya sentido. El término de referencia de hoy día es el de régimen, dentro del cual se modulan las potestades de los distintos poderes públicos y las garantías para los sujetos que no son poderes públicos”. E reitera, em nota, a idéia de que “las administraciones públicas no se inmiscuyen en asuntos ajenos, sino que desarrollan funciones, gestionan servicios y producen bienes”, (p. 22).

<sup>2</sup> Ibidem, p. 118.

a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes, que “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”<sup>3</sup>.

A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais.

Mas esse raciocínio não basta para explicar as demais políticas públicas, como a política industrial, a política de energia, a política de transportes e outras, que não se fundam na realização imediata de direitos sociais. Vistas como políticas setoriais inseridas numa política de desenvolvimento, essas têm, como fundamento, o próprio conceito de desenvolvimento, “processo de elevação constante e harmônica do nível de vida e da qualidade de vida de toda uma população”<sup>4</sup>.

Além disso, as políticas hoje são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*<sup>5</sup> –, fenômeno que se explica também pela maior importância da fixação de metas temporais para a ação dos governos

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992. p. 21: Sobre os fundamentos dos direitos do homem.

<sup>4</sup> Processo de causalção circular e cumulativa, Professor Fábio Konder Comparato, conceito exposto em aula no curso de Direito do Desenvolvimento no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, no 2º semestre de 1995.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1989. p. 102: Planejar o desenvolvimento : a perspectiva institucional. O professor fala em “substituição” do governo da lei pelo governo das políticas. Evidentemente, isso não significa que a realização das políticas não se dê dentro dos parâmetros da legalidade (veja-se, por exemplo, o artigo 165 da Constituição Federal). Assim, as políticas são uma evolução em relação ao simples governo da lei em sentido formal (assim como essas o são em relação ao “governo de homens” anterior ao constitucionalismo).

republicanos. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social<sup>6</sup> – seria, portanto, o fundamento imediato das políticas públicas.

### 3. Por que estudar as políticas públicas no direito administrativo?

As políticas públicas são uma categoria jurídica útil para a análise das funções do Estado? Como o direito racionaliza o tema? Qual a expressão jurídica das políticas públicas? Pode-se falar em um “regime jurídico das políticas públicas”?

As políticas públicas, isto é, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, são um problema de direito público, em sentido lato.

Haveria razão para estudá-las sob a ótica do direito administrativo?

O que é o direito administrativo? É a área do direito que se ocupa do estudo da instituição estatal, em sua vertente executiva. O direito constitucional trata da organização do poder e dos direitos dos cidadãos, que devem servir de balizas para o exercício do poder estatal (ainda assim, registre-se que as Constituições recentes, e a brasileira de 1988 não é exceção, descem a detalhes sobre a realização das políticas públicas, como, por exemplo, os Títulos VII, VIII e IX e as Disposições Transitórias da CF).

O direito administrativo, por sua vez, incumbe-se da racionalização formal do exercício do poder pelo Estado. Na expressão de García de Enterría,

“o direito administrativo é o direito constitucional concretizado, levado à sua aplicação última”<sup>7</sup>.

No início do século XX, poucos anos depois da aceitação, pelo Conselho de Estado francês, do serviço público como critério para definição da competência da jurisdição administrativa

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília : Universidade de Brasília : Linha Gráfica, 1991.

<sup>7</sup> *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid : Civitas, 1985. p. 20.

(1873)<sup>8</sup>, seguiu-se importante teorização sobre o papel do Estado, diante dessa nova forma de relacionamento entre o poder público e a sociedade. Leon Duguit deu grande atenção a esse problema – “Los Gobiernos no son más que los representantes de un poder social que manda: son los gerentes de los servicios públicos”<sup>9</sup> –, ocupando-se do ordenamento jurídico dos serviços públicos para explicar e fundamentar teoricamente a crescente dependência da vida comum em relação aos serviços criados e mantidos pelo Estado<sup>10</sup>.

Contudo, se é verdade que o Estado-serviço público foi sucedido pelo Estado-políticas públicas, a essa evolução não correspondeu amadurecimento teórico do direito administrativo que explicasse sistematicamente as tarefas de coordenação que o Estado cada vez mais passava a assumir, isto é, a função administrativa das políticas públicas<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da aplicação do Direito Privado no Direito Administrativo*. São Paulo : Faculdade de Direito da USP, 1988. p. 54-55.

<sup>9</sup> DUGUIT, Leon. *La transformación del Estado*. 2. ed. espanhola. Madrid : Francisco Beltrán, Librería Española y Etranjera. Três conferências proferidas em 1908. Duguit deu origem à chamada “Escola do Serviço Público”, p. 8.

<sup>10</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, p. 140.

<sup>11</sup> Essa “paralisia” do direito administrativo foi lucidamente criticada por Carlos Ari Sundfeld: “Quando se observa o surgimento de novos ramos, como os direitos econômico, urbanístico, ambiental, agrário, sanitário, todos ligados, embora não exclusivamente, ao estudo da ação governamental sobre a vida privada, nota-se que a ciência do direito administrativo não tem sabido oferecer uma teoria geral apta a ser aplicada a cada um deles. Vem, por isso, perdendo importância. De pouco ou de nada adiantará o estudioso buscar na teoria do direito administrativo as categorias de que necessita para compreender os limites e exigências das novas funções do Estado. Encontrará uma doutrina que ainda se debate com dificuldades originárias em torno do poder de polícia! O resultado disso, todos conhecemos: o surgimento de teorias *ad hoc* voltadas apenas aos problemas específicos que enfrentam e descompromissadas, muitas vezes, com os próprios padrões que o direito administrativo já fixou. A dificuldade de encontrar alguma harmonia entre liberdade de iniciativa econômica, princípio da legalidade e controle estatal de preços, por exemplo, ou entre proteção do patrimônio cultural e ambiental e direito de propriedade é indicativo claro e sério dessa insuficiência.” (*Direito Administrativo ordenador*. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 15).

Há um paralelo entre a dificuldade de situar as políticas públicas no direito administrativo e o que se sucedeu com a conceituação de serviço público, noção que está muito distante da unanimidade.

Hely Lopes Meirelles relata a controvérsia da doutrina administrativista nacional para a fixação do conceito de serviço público:

“O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos põe um conceito material visando defini-lo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas. Eis o nosso conceito:

Serviço público é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.”<sup>12</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello conjuga os sentidos formal e material, dando relevo especial ao regime administrativo, na seguinte conceituação:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público –, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”<sup>13</sup>

Outros autores acentuam a importância de elementos como o processo, o regime administrativo e a complementariedade em relação às

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo brasileiro*. 11. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 271-272.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. p. 20.

iniciativas dos particulares – o Estado erige uma atividade em serviço público quando entende que o interesse geral não poderia ser satisfeito, ou o seria de maneira insuficiente, se não assumisse tal encargo<sup>14</sup>.

Norberto Bobbio anota o fenômeno da “tecnificação do direito público” – relativamente recente, se comparado ao direito privado, e marcadamente desenvolvido no último século –, decorrente da concepção do Estado de direito, “como órgão de produção jurídica e, no seu conjunto, como ordenamento jurídico”<sup>15</sup>. Essa concepção daria origem à doutrina jurídica do Estado, complementar à doutrina sociológica, que examina o Estado como forma de organização social.

Com a evolução do Estado de direito para o Estado social<sup>16</sup>, volta a ter prestígio a visão do Estado “como forma complexa de organização social, da qual o direito é apenas um dos elementos constitutivos”<sup>17</sup>.

Pode-se levantar o argumento de que o estudo das políticas públicas não pertenceria à esfera do direito administrativo, mas ao direito constitucional, uma vez que elas consistem na atuação do Estado para implementar escolhas políticas, que são feitas, em sua maioria, pelo Poder Legislativo. Isso é o que se afirma, textualmente, no direito anglo-americano, onde as políticas públicas são institutos perfeitamente incorporados ao direito público, o que não ocorre no direito público de influência européia, no que Massimo Giannini classifica como “países de direito administrativo”.

Na Inglaterra, onde o direito administrativo é uma subdivisão do direito constitucional, não desligada do tronco original, afirma-se que o direito administrativo é definido em função das

<sup>14</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 141.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto, *Estado, governo e sociedade : para uma teoria geral da política*. 2. ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1987. p.56 e 22.

<sup>16</sup> Numa visão de direito administrativo, segundo Giannini, o Estado social desenvolve predominantemente atividades constituídas por serviços públicos. “Dado que los servicios públicos, desde la vieja instrucción pública a la joven informática, se extienden predominantemente, en el campo de lo social, con la locución que nos ocupa, se quiere dar a entender que los poderes públicos han variado su dirección: son ahora organizaciones que auxilian a los ciudadanos de todas las formas posibles.”, ob. cit., p. 118.

<sup>17</sup> BOBBIO, op. cit. p. 57.

políticas públicas, começando a atuar depois da formulação delas:

*“Administrative law is the branch of public law dealing with the actual operation of government, the administrative process. When the constitutional process has resulted in a duly elected Government which has determined its policies and enacted any necessary primary legislation, the administrative process begins.”*<sup>18</sup>

Nos Estados Unidos, Bernard Schwartz também qualifica a execução das políticas públicas como um dos problemas fundamentais do direito administrativo, acentuando a maior importância desse ramo jurídico nos Estados Unidos em relação ao direito britânico. Num estudo de 1955, dirigido a explicar o direito constitucional americano ao público britânico, o autor inicia o capítulo do direito administrativo comentando que conhece o desinteresse dos britânicos pelo tema, pois não haveria motivo para curiosidade sobre uma área do direito estrangeiro cuja existência os ingleses se habituaram a negar em sua própria casa. Entretanto, destaca o crescimento da importância teórica do direito administrativo, devido ao extraordinário desenvolvimento legal, no século XX, desse campo que “reflete no direito a hegemonia do braço executivo do governo”, a qual, por sua vez, decorre diretamente da expansão do papel do Estado<sup>19</sup>.

A própria estruturação do campo de estudo traduz o sentido dos novos problemas da relação entre a administração do Estado e os cidadãos.

<sup>18</sup> SMITH, Stanley de, and BRAZIER, Rodney, *Constitutional and Administrative Law*. 7. ed. London, 1994. p. 577, o texto prossegue com a definição do escopo do direito administrativo, no qual sobressai o papel do processo administrativo: “It concerns the day-to-day administration of the country at central and local level and putting into practice constitutional decided policies. Administrative law regulates this process. It relates to the organization, composition, functions and procedures of public authorities and special statutory tribunals, their impact on the citizen and the legal restraints and liabilities to which they are subject. It controls the making of subordinate legislation by public authorities. In essence administrative law is that part of constitutional law which reveals what tangible and enforceable limits can be placed on administrative action.”

<sup>19</sup> SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. London : Cambridge University Press, 1955. p. 283.

Em 1955, Bernard Schwartz resumia as questões do direito administrativo a duas: de um lado, aquelas envolvendo a autoridade administrativa para editar regras e regulamentos de aplicabilidade geral, e de outro, os efeitos desse poder sobre as pessoas ou a propriedade dos cidadãos<sup>20</sup>. Num contexto em que direito administrativo é parte do problema central da teoria política, isto é, da conciliação entre autoridade e liberdade, o tratamento jurídico da administração pública volta-se à instituição de autoridades administrativas com poderes para realizar políticas públicas – por definição, de interesse público – e à salvaguarda dos interesses privados contra a arbitrariedade administrativa ou o excesso de poder<sup>21</sup>.

Num trabalho específico sobre o direito administrativo, de 1991, a essas duas vertentes Schwartz acrescenta uma terceira, relativa às condições legais para o exercício desses poderes, isso é, ao processo administrativo, em sentido amplo<sup>22</sup>.

Deve-se notar, contudo, que o direito administrativo anglo-americano é muito menos abrangente que o direito francês, do qual o direito brasileiro sofreu influência direta. Os temas que a nossa tradição jurídica situa no campo do direito administrativo – contratos administrativos, servidores públicos, bens públicos etc.–, no sistema anglo-americano são objeto de estudo da administração pública, mais ampla que o direito administrativo.

Essa discussão preliminar deve ser considerada para que não se trabalhe sobre um falso problema. Se as políticas públicas forem um tema tratado pelo direito constitucional, não há razão científica relevante para que este estudo se prenda ao campo de análise do direito administrativo. É possível, mesmo, que o instrumental teórico do direito administrativo – o feixe de princípios que o regem e o postulado da supremacia do interesse público sobre o particular – não seja suficiente para explicar as questões que envolvem as políticas públicas.

Parece-me, então, que o problema da situação topológica das políticas públicas deve ser deixado em suspenso para que se examine mais detidamente o que são políticas públicas e como elas se caracterizam juridicamente.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 284-307.

<sup>21</sup> ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. *Administrative law*. 15. ed. Chicago, 1986. v. 1, p. 102-103.

<sup>22</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. Little : Brown and Company, 1991. p. 2.

#### 4. Políticas públicas, plano e planejamento

Tomando-se por base as diferentes abordagens do tema, constantes da *Enciclopédia Saraiva do Direito*, nota-se a falta de consenso da doutrina brasileira sobre a forma metodológica de conceituar as políticas públicas. As definições enfocam ângulos variados, desde as noções mais gerais, como “a política é a teoria, arte e prática do governo, para a direção dos negócios públicos”, até as definições específicas, como “o conjunto de conhecimentos sobre...”; “conjunto de medidas...”, “ação de caráter oficial...”, “ciência e arte de conduzir os assuntos...”<sup>23</sup>. A definição mais rigorosa, sob esse aspecto metodológico, é a de política agrária, como “planejamento ou programa de ação governamental para o setor...”, à qual se somam as noções de “plano” e “atualização e adaptação da legislação aos planos governamentais”.

Há uma certa proximidade entre as noções de política pública e a de plano, embora a política possa consistir num programa de ação governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano.

Massimo Severo Giannini ressalva que considera os termos planificação e programação equivalentes, salvo na linguagem da norma positiva, ambos entendidos como uma “técnica de atuação administrativa de longa duração”<sup>24</sup>. Segundo historia, embora os planos fossem utilizados desde que existe a atividade administrativa, os primeiros planos juridicamente relevantes foram os de contabilidade pública. Em seguida, surgiram os planos urbanísticos elaborados por ocasião da ampliação das grandes cidades, como Paris, Nápoles e Viena no século XIX. No século XX, surgiram as planificações mais típicas, os planos econômicos.

O ilustre professor italiano, contudo, identifica as planificações<sup>25</sup> econômicas com os

<sup>23</sup> ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 59. As definições se referem aos verbetes *política criminal*, *política de imigração*, *política econômica*, *política penitenciária nacional*, *política social*.

<sup>24</sup> GIANNINI, op. cit. p. 155.

<sup>25</sup> Planejamento e planificação, para muitos autores, não são expressões sinônimas, identificando-se a última como o planejamento cogente realizado nas economias socialistas, acepção que adota Massimo Giannini. “Juridicamente, un plan

países socialistas, excluindo de seu relato as experiências de planejamento realizadas no pós-guerra – algumas com reconhecido sucesso, como a francesa – ao afirmar, categoricamente, que as teses dos economistas sobre a conveniência de se adotar a planificação também em países de economia de mercado não puderam ser verificadas na prática, uma vez que nenhum dos Estados não-socialistas teria adotado planificações, salvo a Itália, cujo plano de 1967/70 teria sido um fracasso<sup>26</sup>.

Entretanto, a conclusão daqueles que examinaram mais de perto a questão do planejamento não coincide com a negativa de Giannini. Experiências importantes de planejamento ao longo do século XX – que têm por objeto tanto as empresas privadas como os problemas de desenvolvimento regional e nacional dos países – apontam para o sentido oposto. A evolução histórica que vai da década de 30 até os anos da recuperação econômica pós Segunda Guerra Mundial consolidam o planejamento como “pressuposto indispensável de todo programa de ação política, econômica ou social”, uma vez que praticamente todos os países do mundo capitalista passam a adotar os métodos do planejamento<sup>27</sup>.

A divergência do ilustre publicista italiano merece destaque porque toca exatamente na dificuldade da definição ontológica do plano como instrumento jurídico-institucional para a realização do desenvolvimento. Particularmente,

económico nacional es un conjunto orgánico de ordenes a las empresas, que se funda, por tanto, en relaciones de potestad-sujeción, las cuales, en sistemas que garantizan la libre iniciativa económica, sólo serían posibles si el mismo sistema reservase a los poderes públicos potestades de “programación” (término usado preferentemente en los textos normativos). Pero, de hecho, la mayor parte de los ordenamientos positivos no conocen textos constitucionales que enuncien los dos extremos de la materia – libertad y potestad – (...) de manera que serían necesarias leyes de rango constitucional para generalizar el extremo “potestad”. La mayor dificultad es la institucional en cuanto que para la aplicación de un plan económico se necesitan numerosos órganos centrales y periféricos, pertrechados de técnicos adecuados, con capacidad para dirigir y controlar las empresas; órganos que son, por tanto, costosísimos y de una dudosa eficiencia en un ordenamiento que no es socialista.”

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>27</sup> GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo : Ed. do autor, 1977. p. 12.

não endosso sua posição, embora acredite que o professor identifica com bastante clareza o problema ao destacar, além das dificuldades políticas e técnicas para a elaboração e implementação do plano, “as dificuldades verdadeiras, de caráter jurídico-institucional”<sup>28</sup>.

Merece registro a conclusão final de Giannini, favorável ao planejamento, admitindo que a atividade administrativa se desenvolve por meio de planos, tendência que “parece encontrar, atualmente, uma correspondência com a realidade”<sup>29</sup>.

Essa discussão nos remete ao caráter do planejamento, que a Constituição brasileira define, de maneira peculiar, como “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (artigo 174). Embora inspirado no artigo 131 da Constituição espanhola, o duplo caráter da atividade de planejamento é inovação brasileira, para a qual já apontava a doutrina do direito econômico<sup>30</sup> em época de maior prestígio do conceito de planejamento, na década de 70, quando foram editados o I Plano Nacional de Desenvolvimento (I PND) e o II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND).

A política é mais ampla que o plano e se define como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo com a participação dos agentes públicos e privados. Políticas públicas são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo.

A expressão mais freqüente das políticas públicas é o plano (embora com ele não se confunda), que pode ter caráter geral, como é o Plano Nacional de Desenvolvimento, ou regional, ou ainda setorial, quando se trata, por exemplo, do Plano Nacional de Saúde, do Plano de Educação etc. Nesses casos, o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, suas metas temporais, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação.

A origem normativa da política pública, mesmo que resulte da iniciativa legislativa do governo, Poder Executivo, é o Poder Legislativo. No sistema constitucional brasileiro, as políticas públicas mais comumente se expressam por meio de leis. Veja-se, a propósito, o artigo 165 da Constituição de 1988, que define os

orçamentos públicos como instrumentos de fixação das “diretrizes, objetivos e metas”(§ 1º), além das “prioridades”(§ 2º) da administração pública. O mesmo artigo fala também em “planos e programas”, confirmando a multiplicidade de formas que podem assumir as políticas públicas.

Há, no entanto, políticas que se traduzem em programas de ação, em sentido estrito, como o Programa de Material Escolar, o Programa do Álcool, cujo detalhamento se exprime por meio de formas normativas infralegais, como decretos, portarias ou resoluções, resultados da atividade regulamentar do Poder Executivo. Lembre-se que no Brasil inexistem os decretos autônomos, de tal forma que a função normativa da administração se exerce sempre a partir de previsão legal.

Há, ainda, uma distinção das políticas públicas quanto ao que poderíamos classificar como “nível hierárquico”, em relação aos fins. Assim, por exemplo, a política nacional de educação é uma política geral para o setor da educação, política “de fins”, cuja execução supõe a formulação de políticas “de meios”, que digam respeito à contratação de pessoal (política de recursos humanos), à construção de prédios escolares, etc.

O que há de comum entre todas essas políticas, em suas diferentes acepções, dando sentido ao agrupamento delas sob um mesmo conceito jurídico, é o processo político de escolha de prioridades para o governo. Essa escolha se faz tanto em termos de objetivos como de procedimentos. Para ilustrar, veja-se a política nacional de educação, que externa um conjunto de opções de governo em matéria de educação, relativas, por exemplo, à concentração de recursos no ensino fundamental, ou à ênfase no ensino profissionalizante e assim por diante. As políticas instrumentais do setor devem estar racionalmente coordenadas com a política maior e adotar as suas prioridades quanto aos meios, viabilizando a realização das finalidades da política principal do setor. Assim, por exemplo, a política de recursos humanos na educação, supondo que a tônica do plano principal fosse o ensino básico, poderia privilegiar os professores mais qualificados, canalizando recursos para a formação de professores. Ou, de maneira oposta, poderia privilegiar a quantidade de professores, estimulando a contratação de grande número de normalistas.

<sup>28</sup> GIANNINI, op. cit., p. 157.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>30</sup> GRAU, op. cit.

Todos esses exemplos evidenciam a variedade de formas que assumem as políticas públicas, diversidade que encontra correspondente no campo jurídico.

A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento. Note-se a correlação de ambos, no sentido de que, ao contrário do que muitos sustentaram nos anos 60, o planejamento não é uma atividade vazia de conteúdo político. Trata-se de função eminentemente técnica, voltada à realização de valores sociais, como afirmou Celso Furtado em texto autobiográfico:

“(...) o planejamento foi para mim uma *técnica social* de importância muito maior, a qual permitiria elevar o nível de racionalidade das decisões que comandam complexos processos sociais, evitando-se surjam processos cumulativos e não-reversíveis em direções indesejáveis.”<sup>31</sup>

A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do poder público, que levarão a certos resultados.

A formulação da política consistiria, portanto, num procedimento, e poder-se-ia conceituar, genericamente, os programas de ação do governo como atos complexos. O incremento das atividades concernentes à elaboração das políticas e à sua execução insere-se num movimento de “procedimentalização das relações entre os poderes públicos”, a que se refere, mais uma vez, Massimo Giannini.<sup>32</sup> Esse fenômeno de procedimentalização, no qual sobressai o poder de iniciativa do governo – e que diz respeito aos meios, ao pessoal, às informações, aos métodos e ao processo de formação e implementação das políticas –, é o ângulo sob o qual se justifica e se faz necessário o estudo das políticas públicas dentro do direito administrativo.

<sup>31</sup> FURTADO, Celso. *Auto-retrato intelectual*. São Paulo : Ática, 1983. p. 35. (Grandes Cientistas Sociais, v. 33)

<sup>32</sup> GIANNINI, op. cit., p. 154.

## 5. A organização estrutural do poder e as políticas públicas

Esse problema envolve outro, extremamente mais complexo, sobre a iniciativa das políticas públicas: a quem compete formulá-las, ao Poder Legislativo ou ao Executivo?

Parece relativamente tranqüila a idéia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza em forma de leis de caráter geral e abstrato, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade “formadora” do direito nas mãos do governo, Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.<sup>33</sup>

Ter-se-ia alterado, segundo Fábio Konder Comparato, o sentido material do governo:

“Acontece que não foi apenas pela forma de governar que o Estado contemporâneo reforçou os poderes do ramo executivo. Foi também pelo conteúdo da própria ação governamental. Doravante e sempre mais, em todos os países, governar não significa tão-só a administração do presente, isto é, a gestão de fatos conjunturais, mas também e sobretudo o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.”<sup>34</sup>

A teoria política cunhada no liberalismo atribui a função formadora do direito à compe-

<sup>33</sup> “Si bien la formulación de políticas es una función que generalmente no figura entre las tareas habituales de la mayoría de los burócratas, las responsabilidades que les conciernen surgen porque lo que se genere en esta primera etapa puede afectar la concreción de las políticas. Por lo general, las autoridades políticas superiores definen el alcance y el contenido de las políticas públicas. De este modo, los procedimientos en los que se produce esta definición evidentemente afectan, y de hecho determinan, qué políticas deben aplicar los burócratas. Estas dos etapas principales del proceso de formulación de políticas están estrechamente relacionadas entre sí de diversas maneras.” BURKE, John. *Responsabilidad burocrática*. Buenos Aires : Editorial Heliasta, 1994.

<sup>34</sup> COMPARATO, op. cit., p. 102.

tência exclusiva do Poder Legislativo, sede da representação popular. Em matéria de políticas públicas, o acerto dessa visão se confirma em relação aos programas de longo prazo, cuja realização ultrapasse a duração de um governo. Os objetivos de interesse público não podem ser sacrificados pela alternância no poder, essencial à democracia. As leis de plano, portanto, conciliam princípio republicano e democrático com as demandas da estabilidade e da governabilidade.

Todavia, como programas de ação, ou como programas de governo, não parece lógico que as políticas possam ser impostas pelo Legislativo ao Executivo. O mais correto seria que pudessem ser realizadas pelo Executivo, por iniciativa sua, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo.

Na verdade, o exercício de funções normativas pelo Poder Executivo é noção que se encontra numa zona cinzenta, devido à necessidade crescente de instrumentos para uma ação ágil do governo. Dessa necessidade surgiu o instrumento da medida provisória, previsto no artigo 62 da Constituição Federal, cuja aplicação é fonte de muita controvérsia, principalmente devido ao transplante do instituto do modelo parlamentarista italiano para o presidencialismo brasileiro, sem as necessárias adaptações.

Esse tipo de instrumento normativo permite que se realize o que Eros Roberto Grau chamou de “capacidade normativa de conjuntura”<sup>35</sup>, visando ao desempenho de uma atividade de ordenação pelo Estado sobre os agentes econômicos. O fenômeno, segundo Grau, corresponde ao aumento da quantidade e da importância das normas editadas pelo Poder Executivo, por meio da administração centralizada ou dos entes estatais autônomos, mediante o exercício de competência delegada pelo Poder Legislativo.

Observe-se que a delegação é a forma mais intensamente utilizada pelo Poder Executivo americano para regulamentar e fiscalizar setores inteiros da atividade econômica sem a atuação direta do Poder Legislativo, que apenas fixa as diretrizes para a ação administrativa das agências.

Esse fenômeno foi analisado também por Fábio Konder Comparato, que constata a generalização, nos países do Ocidente, da “parcial transferência ao Executivo da própria

tarefa de fazer leis”<sup>36</sup>, tendência de que não se exclui o Brasil, adepto dos decretos-leis no regime constitucional de 1967/69 e das medidas provisórias, que se converteram no principal instrumento legislativo do governo sob a égide da Constituição de 1988.

Quanto à estruturação do poder, a proposta de Comparato é no sentido da instituição de um órgão de planejamento desvinculado do Poder Executivo, cujas decisões seriam tomadas por um Conselho corporativo com atribuições distintas das do Congresso Nacional.

Sem entrar no mérito da proposta, parece-me que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas. Em relação a elas, mais importantes que os objetivos ou as metas temporais fixadas será o processo de sua realização, a partir dos parâmetros fixados em lei.

Em parte, esse é o processo político, cuja legitimidade e cuja “qualidade decisória”, no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.

Em grande parte, porém, o sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos no processo administrativo, com o sentido lato emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento. Essa é a razão pela qual entendo que os administrativistas podem e devem voltar seus olhos para a temática das políticas públicas.

## Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Sobre os fundamentos dos direitos do homem.

<sup>35</sup> GRAU, op. cit., p. 69.

<sup>36</sup> COMPARATO, op. cit., p. 101.

- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília : Universidade de Brasília : Linha Gráfica, 1991.
- BURKE, John. *Responsabilidade burocrática*. Buenos Aires : Editorial Heliasta, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1989. Planejar o desenvolvimento : a perspectiva institucional.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da aplicação do Direito Privado no Direito Administrativo*. São Paulo : Faculdade de Direito da USP, 1988.
- DUGUIT, Leon. *La transformación del estado*. 2. ed. espanhola. Madrid : Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera. Três conferências proferidas em 1908.
- FURTADO, Celso. *Auto-retrato intelectual*. São Paulo : Ática, 1983. (Grandes cientistas sociais, v. 33).
- GIANNINI, Massimo Severo. *El poder publico : estados y administraciones publicas*. Traduzido do original italiano por Luis Ortega. Madrid : Civitas, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo : Ed. do autor, 1977.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 11. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, v. 1.
- SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. London : Cambridge University Press, 1955.
- SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. 3. ed. Little : Brown and Company, 1991.
- SMITH, Stanley de, BRAZIER, Rodney. *Constitutional and Administrative Law*. 7. ed. London, 1994.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo : Malheiros, 1993.